

Annemarie Drahmman\*

## 46 | Een klachtplicht in het kielzog van de transparantieverplichting

@A\_Drahmann – Bij de verlening van een schaarse vergunning moeten het gelijkheidsbeginsel en de transparantieverplichting in acht worden genomen. Is er in het kielzog van de transparantieverplichting ook een klacht- of informatieplicht ontstaan? Zou bestuursrechtelijke rechtsverwerking een nuttige toevoeging zijn aan de Awb?# *transparantieverplichting#klachtplicht#rechtsverwerking*

### 1. Inleiding

Een bestuursorgaan dat een schaarse vergunning wil verlenen moet daarbij het gelijkheidsbeginsel en de uit dit beginsel voortvloeiende transparantieverplichting in acht nemen. Dit heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (‘de Afdeling’) op 2 november 2016 geoordeeld (‘de Vlaardingen-uitspraak’).<sup>1</sup> In een procedure die heeft geleid tot een uitspraak van de Afdeling van 30 augustus 2017 (‘de Emmen-uitspraak’) werd door de appellante betoogd dat de transparantieverplichting was geschonden.<sup>2</sup> De Afdeling oordeelde dat de transparantieverplichting niet was geschonden, waarbij de Afdeling mede belang hechtte aan het feit dat niemand vragen had gesteld over de criteria die werden toegepast bij het beoordelen van de aanvragen. Deze overweging in de uitspraak roept de vraag op of er in het kielzog van de transparantieverplichting ook een klacht- of informatieplicht is ontstaan. Ook in het aanbestedingsrecht kan het niet tijdig klagen over de aanbestedingsdocumentatie leiden tot rechtsverwerking. De vraag is echter hoe een dergelijke klachtplicht zich verhoudt tot het stelsel van de Algemene wet bestuursrecht. Daarop zal ik in deze bijdrage ingaan.

### 2. De transparantieverplichting

In de Vlaardingen-uitspraak heeft de Afdeling geoordeeld dat er in het Nederlandse recht een rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen.

---

\* Mr. dr. A. Drahmman is universitair (hoofd)docent aan de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

<sup>1</sup> ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel, JB 2017/1, m.nt. L.J.M. Timmermans en Gst. 2017/55, m.nt. A. Drahmman.

<sup>2</sup> ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2336, AB 2017/390, m.nt. G.J. Stoepker en C.J. Wolswinkel.

Een schaarse vergunning is een vergunning waarvan het aantal vergunningen dat verleend kan worden is beperkt door een vergunningenplafond. In de Vlaardingen-uitspraak was sprake van een schaarse vergunning omdat in een gemeentelijke verordening was bepaald dat de burgemeester bevoegd was voor maximaal één speelautomatenhal een exploitatievergunning te verlenen.

De rechtsnorm om mededingingsruimte te creëren is, aldus de Afdeling, gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Om gelijke kansen te kunnen realiseren moet een bestuursorgaan een passende mate van openbaarheid verzekeren met betrekking tot (I) de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, (II) de verdelingsprocedure, (III) het aanvraagtijdstip en (IV) de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.<sup>3</sup>

Met deze uitspraak is de in de literatuur opgeworpen vraag of ‘transparantie’ een rechtsnorm zou moeten worden beantwoord.<sup>4</sup> Wel zal de exacte inhoud

<sup>3</sup> R.o. 8 van de Vlaardingen-uitspraak.

<sup>4</sup> Zie voor een overzicht van deze literatuur paragraaf 5 van de conclusie van de advocaat-generaal d.d. 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, waarbij gebruik is gemaakt van F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemeen bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004; R.J.G.M. Widdershoven, S. Prechal, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 85-91; S. Prechal, ‘De emancipatie van het ‘algemeen transparantiebeginsel’, *SEW* 2008/145, p. 316-322; C.J. Wolswinkel, ‘Diensten tussen frequenties en kansspelen. Contouren van een Europees kader voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen’, *SEW* 2009/120, afl. 7/8, p. 287-299; A.W.G.J. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven, ‘De Awb en het EU-recht: het transparantiebeginsel’, in T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 589-609; A. Drahmman, ‘Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?’, in: M.J.M. Verhoeven e.a., *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie* (Jonge VAR reeks 9), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 169-197; H.M. Stergiou, ‘Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel’, *NtER* 2011-3; A.W.G.J. Buijze, ‘Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden’, *NtER* 2011-7, p. 240-248; F.J. van Ommeren e.a. (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011; F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, ‘Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk’, in: Van Ommeren e.a. 2011, p. 17-41; J.H. Wolswinkel, ‘Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid’, in: Van Ommeren e.a. 2011; F.J. van Ommeren, ‘Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?’ in: Van Ommeren e.a. 2011; A. Drahmman, ‘Streven naar een transparante (her)verdeling van schaarse publieke rechten’, in: Van Ommeren e.a. 2011, p. 267-292; A. Drahmman, ‘Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen’, *NTB* 2012/25, afl. 7, p. 184-193 (ook gepubliceerd in Drahmman 2015, p. 121-142); A. Drahmman, ‘Is transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?’, *JBplus* 2013, afl. 3, p. 141-170; A.W.G.J. Buijze, *The Principle of Trans-*

van deze verplichting nog nader moeten worden uitgekristalliseerd. Zo heeft de advocaat-generaal in zijn conclusie een uitwerking van de eis van ‘passende mate van openbaarheid’ gegeven die in de Vlaardingen-uitspraak van de Afdeling niet terugkomt. Het is vooralsnog de vraag of dit komt omdat dit voor het oordeel in dit geschil niet nodig was of dat de Afdeling op dit punt de conclusie van de advocaat-generaal niet heeft overgenomen.<sup>5</sup> De transparantieplichting zoals deze door de Afdeling is geformuleerd is primair een verplichting voor het bestuursorgaan en het beginsel van gelijke kansen een daarmee samenhangend recht voor de potentiële aanvragers. De vraag is echter of met dit recht voor de aanvragers ook verplichtingen voor de aanvragers zijn ontstaan.

### 3. De keerzijde van het recht op transparantie: een plicht om tijdig te klagen

Uit twee uitspraken kan worden afgeleid dat de transparantieplichting niet alleen rechten voor de potentiële aanvragers met zich brengt, maar ook een daarmee corresponderende verplichting om vragen te stellen.

In de eerdergenoemde Emmen-uitspraak betrof het wederom een schaarse exploitatievergunning voor een speelautomatenhal. De appellante betoogde dat de criteria op grond waarvan de vergunning was verleend onduidelijk waren. De begrippen ‘leisurefunctie of -potentie’ en ‘hoogwaardig meeromvattend leisureconcept’ zouden ten onrechte niet zijn gedefinieerd. De Afdeling oordeelt dat de burgemeester een passende mate van openbaarheid heeft verzekerd met betrekking tot de toe te passen criteria. Deze criteria zijn vooraf kenbaar gemaakt in de gemeentelijke verordening en in de uitgiftecondities. *‘Dat de criteria niet nader zijn gedefinieerd maakt dat niet anders, hetgeen ook blijkt doordat niemand daarover vragen heeft gesteld.’* De criteria waren voldoende richtinggevend om een aanvraag daarop af te kunnen stemmen. Het hoger beroep wordt daarom ongegrond verklaard.

De tweede uitspraak betreft de verlening van een concessie voor het verichten van openbaar vervoer in West-Brabant op grond van de Wet personen-

---

*parency in EU Law*, 's-Hertogenbosch: BOXPress 2013; C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013; C.J. Wolswinkel, ‘De verdeling van schaarse vergunningen. Convergence in de jurisprudentie?’, *JBplus* 2013, afl. 2, p. 62-80; A. Drahmman, ‘Hoe kunnen transparantieplichtingen worden geïntroduceerd in het Nederlands bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten’, *NTB* 2014/11, afl. 4, p. 86-95; C.J. Wolswinkel, ‘Schaarse publiekrechtelijke rechten. Een algemeen leerstuk gerelativeerd’, *NTB* 2014/7, afl. 2/3, p. 58-66; A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten*, Zwolle: Kluwer 2015; M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland. De gevolgen van richtlijn 2006/123/EG voor de nationale rechtsorde vanuit Europees perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

<sup>5</sup> Zie hierover ook Wolswinkel in zijn annotatie bij deze uitspraak (AB 2016/426).

vervoer 2000 (Wp2000).<sup>6</sup> Het college van gedeputeerde staten van Noord-Brabant (GS) heeft in het primaire besluit de concessie aan Veolia verleend. Arriva heeft tegen dit besluit bezwaar gemaakt. Dit bezwaar is gegrond verklaard waarna de concessie alsnog aan Arriva is verleend. Tegen dit besluit heeft Veolia beroep ingesteld. De aanbestedingsprocedure is gestart met een aankondiging en bekendmaking van de aanbestedingsdocumentatie. Onderdeel van de aanbestedingsdocumentatie was een aanbestedingsleidraad. Hierin stond een verplichting voor inschrijvers opgenomen om eventuele tegenstrijdigheden en/of onvolkomenheden in de aanbestedingsstukken te melden bij GS. Daarnaast was een rechtsverwerkingsclausule opgenomen: als een (potentiële) inschrijver eventuele bezwaren, onduidelijkheden of onvolkomenheden niet zou melden, dan zou de (potentiële) inschrijver daarmee zijn recht ‘verwerken’ om hiertegen in een later stadium bezwaar te maken. Naar aanleiding van de aanbestedingsdocumenten konden geïnteresseerde ondernemingen vragen stellen. Een van deze vragen betrof de formule om de score op een bepaald gunningscriterium te berekenen. In reactie daarop heeft GS in een nota van inlichtingen de berekeningsformule gewijzigd. In het primaire besluit was echter toch de oorspronkelijke formule door GS gebruikt. Naar aanleiding van het bezwaarschrift van Arriva is alsnog de juiste (gewijzigde) berekeningsformule gehanteerd. Dit heeft ertoe geleid dat GS de concessie alsnog aan Arriva heeft gegund. In beroep voert Veolia gronden aan die zien op de wijziging van de gunningssystematiek. GS doet een beroep op de in de aanbestedingsleidraad opgenomen rechtsverwerkingsclausule. Het CBb volgt het standpunt van GS en oordeelt *‘dat Veolia haar bezwaar tegen het wijzigen van de berekeningsformule (...) tardief kenbaar heeft gemaakt.’* Daarbij acht het CBb van belang: (i) hetgeen is bepaald in de aanbestedingsleidraad over rechtsverwerking; (ii) dat van Veolia als professionele marktpartij kan en mag worden verwacht dat zij kennis neemt van alle relevante aanbestedingsstukken, inclusief de nota’s van inlichtingen; (iii) de wijziging van de berekeningsformule is opgenomen naar aanleiding van een door Veolia zelf gestelde vraag en (iv) deze wijziging duidelijk in het antwoord is verwoord en bovendien voor Veolia eenvoudig de gevolgen voor de te behalen score waren te voorzien. Nu Veolia haar vragen of bezwaren tegen de wijziging van de berekeningsformule niet eerder naar voren heeft gebracht, heeft GS zich, volgens het CBb, terecht op het standpunt gesteld dat zij haar recht heeft verwerkt om daartegen na het primaire besluit alsnog bezwaren te uiten. Het beroep wordt daarom ongegrond verklaard.

Deze uitspraken zijn interessant in het licht van artikel 6:13 Awb en de goede procesorde. De uitspraken doen namelijk de vraag rijzen of bij de verdeling van schaarse vergunningen de omvang van het geding al wordt beperkt in de bestuurlijke voorbereidingsprocedure als de aanvrager nalaat vragen te stellen over de verdeelprocedure en -regels.

---

<sup>6</sup> CBb 10 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:244, AB 2014/336, m.nt. A. Drahmman.

#### 4. Rechtsverwerking in het aanbestedingsrecht

Uit het Grossmann-arrest<sup>7</sup> volgt dat van een adequaat handelend inschrijver mag worden verwacht dat hij zich pro-actief opstelt bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van een aanbestedingsprocedure. De eisen van redelijkheid en billijkheid die de inschrijver jegens de aanbestedende dienst in acht heeft te nemen, brengen mee dat hij zijn bezwaren duidelijk naar voren brengt en in een zo vroeg mogelijk stadium aan de orde stelt, zodat eventuele onregelmatigheden desgewenst kunnen worden gecorrigeerd met zo min mogelijk consequenties voor het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure. Een inschrijver/gegadigde die bezwaren heeft maar er (te lang) mee wacht om die te melden, handelt in strijd met het hiervoor genoemde arrest en heeft het recht verwerkt om hierover te klagen.<sup>8</sup>

In de aanbestedingsrechtelijke literatuur wordt verschillend gedacht over de reikwijdte van het leerstuk van rechtsverwerking, bijvoorbeeld over de aard van de onrechtmatigheden ten aanzien waarvan een ondernemer zijn rechten kan verwerken en over de mate van pro-activiteit die van ondernemers mag worden verlangd.<sup>9</sup> De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het Grossmann-arrest slechts ziet op aanbestedingsprocedures waarop de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn en een persoon niet heeft ingeschreven.<sup>10</sup> Door deze beperkte reikwijdte is het in de Nederlandse aanbestedingspraktijk gebruikelijk om een zogenaamde Grossmann-clausule in de aanbestedingsdocumentatie op te nemen.<sup>11</sup> In de hiervoor genoemde uitspraak over de Wp2000 had GS, geheel in lijn met deze Nederlandse aanbestedingspraktijk, een Grossmann-clausule opgenomen in de aanbestedingsdocumentatie.

Ook het algemene verbintenissenrecht kent rechtsverwerking. De grondslag voor rechtsverwerking wordt daar (naast contractuele en wettelijke<sup>12</sup> rechtsverwerking) gevonden in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De basis voor rechtsverwerking is een gedraging van de rechthebbende. Dit kan zowel een doen als een nalaten zijn, hoewel het enkele stilzitten onvoldoende is voor het aannemen van rechtsverwerking.<sup>13</sup> Daarnaast moet ook bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen zijn gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zou maken dan wel de positie

<sup>7</sup> HvJ EU 12 februari 2004, ECLI:EU:C:2004:93.

<sup>8</sup> Zie in deze zin: Vz. Rb. Midden-Nederland 2 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1780, en Vz. Rb. Overijssel 22 maart 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1236.

<sup>9</sup> Zie voor een overzicht A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures*, Kluwer: Deventer 2013, p. 242-245.

<sup>10</sup> HR 8 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0467, NJ 2009/306.

<sup>11</sup> Zie ook C.A.M. Lombert, 'Het Grossmann-verweer in de Nederlandse aanbestedingspraktijk', *TA* 2014/140.

<sup>12</sup> Bijv. art. 6:89 en 7:23 BW.

<sup>13</sup> HR 29 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2212, NJ 1997/153.

van de schuldenaar onredelijk worden benadeeld als de aanspraak alsnog geldend zou worden gemaakt.<sup>14</sup>

De verdeling van schaarse publieke rechten vertoont overeenkomsten met een aanbestedingsprocedure. Het is bij beide procedures in het belang van alle betrokkenen dat zo snel mogelijk duidelijkheid ontstaat over de rechtmatigheid van de toekenning van het schaarse (publieke dan wel private) recht. Een klachtplicht kan hieraan bijdragen. Een belangrijk verschil tussen het bestuursrecht en het privaatrecht is echter de positie van de betrokken partijen. In het privaatrecht wordt uitgegaan van in beginsel gelijkwaardige partijen die over contractsvrijheid beschikken. In het bestuursrecht speelt juist de ongelijkheid tussen burger en overheid een belangrijke rol. Het is daarom de vraag of een dergelijke klachtplicht wel passend is in het bestuursrecht. Hier kan echter tegen worden ingebracht dat de Awb nu ook al beperkende procesrechtelijke verplichtingen voor belanghebbenden kent, zoals de (fatale) bezwaar- en beroepstermijnen, juist met het oog op de rechtszekerheid.

## 5. Indringendere toetsing van algemeen verbindende voorschriften

Voor de vraag naar de wenselijkheid van de introductie van het leerstuk van rechtsverwerking in het bestuursrecht, zijn ook de recente ontwikkelingen rondom de vraag hoe indringend bestuursrechters algemeen verbindende voorschriften moeten toetsen, van belang. Op 22 december 2017 heeft staatsraad advocaat-generaal Widdershoven geconcludeerd dat bestuursrechters een algemeen verbindend voorschrift exceptief moeten toetsen aan zowel materiële<sup>15</sup> als formele<sup>16</sup> algemene rechtsbeginselen en het voorschrift buiten toepassing moeten laten of onverbindend achten als het in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel. De intensiteit van de rechterlijke (exceptieve) toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen, is volgens hem afhankelijk van de beslissingsruimte die het vaststellend orgaan heeft gelet op de aard en inhoud van de vaststellingsbevoegdheid, waarbij die intensiteit voor de diverse aspecten van (de procedure tot vaststelling van) het algemeen verbindend voorschrift verschillend kan zijn.<sup>17</sup>

De regels voor de verdeling van schaarse vergunningen – zowel over de verdeelprocedure als de verdeelcriteria – worden vastgelegd in algemeen verbindend

<sup>14</sup> R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking en klachtplichten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 31-41.

<sup>15</sup> De materiële algemene rechtsbeginselen die volgens Widdershoven voor exceptieve toetsing in aanmerking komen zijn het gelijkheidsbeginsel, het verbod van terugwerkende kracht als onderdeel van het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het beginsel van een niet-onevenredige belangenafweging (art. 3:4, tweede lid, Awb).

<sup>16</sup> De formele algemene rechtsbeginselen die volgens Widdershoven voor exceptieve toetsing in aanmerking komen zijn het beginsel van belangenafweging (art. 3:4, eerste lid, Awb), het beginsel van een zorgvuldige voorbereiding of het formele zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb) en het beginsel van een kenbare en deugdelijke motivering.

<sup>17</sup> Conclusie A-G 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

dende voorschriften. Ook het vergunningenplafond wordt meestal vastgelegd in een algemeen verbindend voorschrift. Dat betekent dat tegen deze besluiten op grond van artikel 8:3 Awb geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open staat.<sup>18</sup> Als de conclusie van Widdershoven wordt gevolgd door de Afdeling dan kan dit tot gevolg hebben dat bij het beoordelen van de rechtmatigheid van de verlening van een schaarse vergunning, de bestuursrechter voortaan indringender dan thans het geval is, zal beoordelen of de verdeelregels voldoen aan algemene rechtsbeginselen. Een indringendere toetsing van de verdeelregels kan tot gevolg hebben dat vaker een beroep in een procedure over schaarse vergunningverlening slaagt. Gelet op de grote gevolgen van de vernietiging van een schaarse vergunning, kan dit de introductie van een klachtplicht rechtvaardigen.

Ook buiten de verdeling van schaarse vergunningen kan de vraag worden gesteld of het wenselijk is dat een belanghebbende een gebrek in een algemeen verbindend voorschrift vanuit strategisch oogpunt niet ter kennis brengt bij een bestuursorgaan in de verwachting dat een (bestuurs)rechter vervolgens het voorschrift onverbindend zal verklaren. Het leerstuk van rechtsverwerking past dan ook in de tendens dat het bestuursprocesrecht effectief moet zijn.<sup>19</sup>

## 6. Inpassing in de Algemene wet bestuursrecht

Rechtsverwerking is ook het onderwerp geweest van de preadviezen van de VAR in 1975. Scheltema gaat in zijn preadvies kort in op de gebondenheid van de burger aan eigen voorafgaand handelen, waarbij hij als voorbeeld een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep<sup>20</sup> noemt, waarin het indienen van een aanvraag om een toelage in 1970 speelde terwijl het ten onrechte niet betalen van de toelage al in 1966 hadden kunnen worden bemerkt.<sup>21</sup>

Toch heeft rechtsverwerking aan de zijde van de belanghebbende geen plaats gekregen in de Awb. Sterker nog, als gekeken wordt naar met name

---

<sup>18</sup> Het vergunningenplafond kwalificeert als een concretiserend besluit van algemene strekking als het apart wordt bekendgemaakt, maar als algemeen verbindend voorschrift als het onderdeel is van een dergelijk voorschrift (ABRvS 3 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ5491, JB 2007/31, m.nt. A.J. Bok en AB 2007/224, m.nt. W. den Ouden; ABRvS 21 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK0774, ABRvS 11 juni 2014, *Gst.* 2014/116, m.nt. C.J. Wolswinkel; ABRvS 24 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3465, AB 2015/5, m.nt. C.J. Wolswinkel, en ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3130, AB 2017/295, m.nt. C.J. Wolswinkel). De toepasselijke verdeelcriteria worden vastgesteld bij algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel.

<sup>19</sup> O.a. J.E.M. Polak, 'Effectieve geschillenbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten', *NTB* 2011/2.

<sup>20</sup> CRvB 9 augustus 1974, AB 1974/189.

<sup>21</sup> M. Scheltema, *Gebondenheid van overheid en burger aan eigen voorafgaand handelen* (VAR Preadvies LXXIV), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1975, p. 51-52.

artikel 6:13 Awb, lijkt een klachtplicht op gespannen voet te staan met dit artikel. In artikel 6:13 Awb is immers slechts bepaald dat (kort samengevat) een beroep niet-ontvankelijk is indien geen zienswijze of bezwaarschrift is ingediend. Een grondenfuik kent het bestuursprocesrecht, op een enkele uitzondering na, niet. Artikel 6:13 Awb bevat, volgens Schreuder-Vlasblom, een beperkte berustingsregel. De Afdeling aanvaardt, volgens haar, geen algemene berustingsregel die verder gaat dan het bepaalde in artikel 6:13 Awb, bijvoorbeeld op aan een civiele rechtsverhouding ontleende gronden, omdat daarvoor geen wettelijke grondslag bestaat.<sup>22</sup> Van belang is echter dat het niet stellen van vragen in beide in paragraaf 3 gegeven voorbeelden niet heeft geleid tot een niet-ontvankelijkheidsverklaring, maar tot een ongegrondverklaring. Dit duidt erop dat de Afdeling en het CBB niet artikel 6:13 Awb als grondslag hebben gebruikt.

Het buiten beschouwing laten van een beroepsgrond gebeurt ook met gronden die te laat, bijvoorbeeld ter zitting, worden aangevoerd en daarom in strijd met een goede procesorde zijn.<sup>23</sup> Uit de twee uitspraken zou kunnen worden afgeleid dat het in strijd kan zijn met de goede procesorde om pas in bezwaar of beroep voor het eerst te klagen over aspecten van de verdeelregeling. Een dergelijke uitbreiding van de goede procesorde naar de bestuurlijke voorprocedure draagt bij aan de effectieve geschilbeslechting bij de verdeling van schaarse vergunningen. Van Rijn van Alkemade wijst er terecht op dat als de bestuursrechter achteraf vaststelt dat de verdeelprocedure onrechtmatig is verlopen, de betwiste vergunning al (grotendeels) kan zijn geëxpireerd en de (markt)omstandigheden kunnen zijn gewijzigd. Hierdoor kan het gebrek in de verdeelprocedure vaak niet meer eenvoudig worden hersteld.<sup>24</sup> Het vroegtijdig – dat wil zeggen nog voor de primaire besluitvorming en bij voorkeur zelfs voordat de aanvragen kunnen worden ingediend – op tafel krijgen van eventuele gebreken in de verdeelregeling kan een rol spelen bij een doeltreffende verdeelprocedure. In de literatuur is meermaals voorgesteld om de effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse vergunning te vergroten door ook de algemeen verbindende voorschriften (zoals het besluit waarin het vergunningenplafond wordt ingesteld en de procedurereglementen) appellabel te maken.<sup>25</sup> Meer (langdurige) procedures bij de bestuursrechter leidt echter niet

<sup>22</sup> M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2017, §2.5.3.1, p. 399.

<sup>23</sup> O.a. ABRvS 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7287. Zie over de goede procesorde o.a. A.T. Marseille en H.D. Tolsma (red.), *Bestuursrecht 2. Rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, §6.2.4, p. 230-235.

<sup>24</sup> J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'De voorlopige voorziening bij geschillen over schaarse vergunningen. Naar een andere rolverdeling tussen voorzieningenrechter en bodemrechter?', *JBplus* 2014/3, p. 40-53, en B.J. Schueler, 'Bestuursrechtelijke beslechting van geschillen over de verdeling van schaarse publieke rechten', in: Van Ommeren, e.a. 2011, p. 364-370.

<sup>25</sup> J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 31-34; A.W.G.J. Buijze

noodzakelijkerwijs tot snellere en betere besluitvorming. Het introduceren van een klachtplicht die ziet op die algemeen verbindende voorschriften zou daarom een interessant alternatief kunnen zijn.

Relevant is verder dat in de uitspraak over de concessieverlening een rechtsverwerkingsbepaling was opgenomen in de aanbestedingsdocumentatie. Het is niet mogelijk om in lagere regelgeving af te wijken van de Awb, tenzij een wet in formele zin hiervoor een wettelijke grondslag biedt.<sup>26</sup> Dat betekent mijns inziens dat in een beleidsregel of gemeentelijke verordening over de verdeling van een schaarse vergunning niet afgeweken kan worden van het rechtsbeschermingsstelsel van de Awb en rechtsverwerking – in de zin van een verval van rechtsbescherming – niet aan de orde kan zijn. Uiteraard kan in een wettelijk voorschrift – bijvoorbeeld een gemeentelijke verordening – wel een meldplicht worden opgenomen. Een dergelijke expliciete meldplicht draagt bij aan de duidelijkheid van de procedure. Als een aanvrager geen melding doet, kan dat een belangrijke rol spelen bij het oordeel van de bestuursrechter dat een klacht te laat naar voren is gebracht en daarom ongegrond is.<sup>27</sup>

Ten slotte is het voor een effectieve toepassing van de klacht- of meldplicht wel vereist dat aan het besluit waarover geklaagd zou moeten worden, een passende mate van openbaarheid wordt gegeven. Deze eis vloeit voort uit de transparantieverplichting, hetgeen maar weer aangeeft hoezeer de klachtplicht en transparantieverplichting met elkaar samenhangen. Widdershoven heeft in zijn conclusie aangegeven dat de eis van een ‘passende mate van openbaarheid’ specifieke eisen stelt aan onder meer de tijdige verstrekking en adequate bekendmaking van de informatie. Voorafgaand aan het begin van de aanvraagprocedure moet duidelijkheid worden geschapen over onder meer de verdeelprocedure en de toe te passen criteria. Deze termijn moet ook lang genoeg zijn om over de regels vragen te kunnen stellen en een antwoord op de gestelde vraag/klacht te krijgen.

---

en R.J.G.M. Widdershoven, ‘Rechtsbescherming bij de competitieve verdeling van schaarse publieke rechten in het licht van het Unierecht’, in: Van Ommeren e.a. 2011, p. 423-426 en Van Ommeren 2004, p. 24-26.

<sup>26</sup> Vergelijkbare jurisprudentie is er over de verplichting om art. 4:5 Awb toe te passen bij de verdeling van schaarse subsidies (o.a. ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:CBB:2010:BN0932, AB 2011/113 m.nt. N. Verheij, ABRvS 4 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA8722, AB 2008/99, m.nt. N. Verheij). Zie hierover ook M.J. Jacobs & W. den Ouden, ‘Verdeling van schaarse subsidiegelden. De rol van adviseurs, in het bijzonder concullega’s, bij de verdeling van subsidies in een tenderprocedure’ in: Van Ommeren e.a. 2011, p. 203 e.v. en A. Drahmman, ‘Kan het subsidierecht transparanter’, *Gst* 2011/124.

<sup>27</sup> Overigens kunnen gebreken in de verdeelregeling ook vroegtijdig naar voren komen door de ontwerpregelgeving eerst als concept ter inzage te leggen en belanghebbenden te vragen hun zienswijze in te dienen (vgl. internetconsultatie.nl).

## 7. Afronding

In november 2016 heeft de Afdeling geoordeeld dat een bestuursorgaan bij de verlening van een schaarse vergunning het gelijkheidsbeginsel en de uit dit beginsel voortvloeiende transparantieverplichting in acht moet nemen. In deze bijdrage heb ik willen verkennen of in het kielzog van deze transparantieverplichting een klachtplicht voor de (potentiële) inschrijvers geldt dan wel zou moeten gelden. Mijn voorzichtige antwoord hierop luidt bevestigend.

Op grond van de huidige regeling in de Awb kan geen sprake zijn van rechtsverwerking die leidt tot een niet-ontvankelijkheid van een bezwaar- of beroepschrift. Het is wel mogelijk om beroepsgronden die zien op de verdeelregels, maar waarover niet is geklaagd, buiten beschouwing te laten (de concessieuitspraak) dan wel het niet klagen als relevant aspect bij de beoordeling van de beroepsgrond (de Emmen-uitspraak) te betrekken. Hiermee is dan sprake van een verbreding van de regels van de goede procesorde naar de bestuurlijke voorfase. Zeker bij de verdeling van schaarse vergunningen is het vanuit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming van belang dat potentiële aanvragers hun klachten over de verdeelregels in een vroeg stadium (al voor de vergunningverlening) kenbaar maken. Het zou daarbij wel mijn voorkeur hebben als een dergelijke klachtplicht in de vorm van een meldplicht in de verdeelregeling zou worden opgenomen. Hierdoor wordt immers expliciet gemaakt dat ook de potentiële aanvragers een rol hebben bij een snelle en doeltreffende verdeelprocedure. Deze explicitering draagt ook bij aan de transparantie van de procedure.

In deze bijdrage heb ik mij beperkt tot de verdeling van schaarse vergunningen, nu de door de Afdeling geformuleerde transparantieverplichting hierop ziet. Ik sluit echter niet uit dat het leerstuk van rechtsverwerking ook daarbuiten een rol zou kunnen spelen. Scheltema schreef al in 1975 dat het van groot nut zou zijn wanneer deze materie verder zou worden onderzocht.<sup>28</sup> Nu, bijna 45 jaar later, kom ik tot dezelfde conclusie. Wellicht dat in een volgende jubileumbundel over de Awb zal blijken dat deze handschoen is opgepakt?

---

<sup>28</sup> Scheltema 1975, p. 51-52.